389

33



POR ALONSO FERNANDEZ TORIBIO,

como marido, y con junta persona de doña Catalina de Pasillas, vezinos de la Ciudad de Anduxar.

CONTRA

Don Francisco Serrano Escabias, vezino de la dicha Ciudad.

Visto por los señores, don Tomas de Ribera, don Lope de Cueuas y Zuñiga, don Francisco Robles de la Puerta.

Relator Juan de Zuazo, Escriuano Juan de Horozco.


Ara entendimiento de eſte pleyto ſe preſupone, que Martin Alõſo, y Elena de Paſillas fueron caſados: y por el mes de Junio del año de quinientos y ſeſenta y dos, el dicho Martin Alonſo otorgò ſu teſtamento, con que murio, y en el fundò vn vinculo perpetuo de ciertos bienes rayzes, con carga de Miſſas, y prohibio la enagenacion de los dichos bienes, y manda, que quando vacaſſe la ſuceſsion del dicho vinculo, paſſe la poſſeſsion del en el ſiguiente, ſin que ſea neceſſario aprehẽderla. Y llama en primero lugar a Bartolome Nauarro, y a ſus hijos, y deſcendientes, y prefiere los varones à las hembras, y faltando Bartolome Nauarro, y ſus deſcendientes, llama a Alonſo de Cañete y los ſuyos.

Iten parece, que en el miſmo mes y año la dicha Elena de Paſillas, viuda del dicho Martin Alonſo, otorgò ſu teſtamento, y en el fundò vn vinculo, y Patronazgo, cõ carga de Miſſas, y para ſu dotacion ſeñala ciertos bienes rayzes, y mãda, que los dichos bienes queden vinculados por via de patronazgo, y mayorazgo, con las condiciones, y declaraciones contenidas en el teſtamento de ſu marido, en lo tocante a la Capellania, y Miſſas, y llamò por suceſſor, y Patron en primero lugar à Bartolome Nauarro, y deſpues del a Juan de Cañete ſu hijo, y herederos, como lo dexò ordenado ſu marido; y a falta de hijos, y herederos de Bartolome Nauarro, llamò a la ſuceſsion de los bienes deſte vinculo a los hijos, o hijas de Fernãdo

de

de Pasillas, y de Catalina Rodriguez su muger, por la misma orden que los auian de auer el dicho Bartolome Nauarro, y sus herederos.

Esto presupuesto, por Agosto de 630. Alonso Fernandez Toribio, como marido, y conjunta persona de doña Catalina de Pasillas su muger, presentò peticion ante la justicia de la Ciudad de Anduxar, diziẽdo, que Elena de Pasillas auia dexado fũdado el vinculo que se ha referido, y que Bartolome Nauarro, y Juan de Cañete su hijo, que fuè ron los primeros llamados, auian muerto sin descendientes; y doña Catalina de Pasillas su muger era hija natural, y legitima de Manuel de Pasillas, y nieta del dicho Fernãdo de Pasillas, pidio se le diesse la possesion de los bienes del dicho vinculo, y hizo presentacion del testamento de la dicha Elena de Pasillas.

Esta possesion la salio contradiziẽdo dõ Francisco Serrano Escabias, y para ello se vale de tres fundamentos. El primero, que la dicha Elena de Pasillas reuocò el testamento, en que se funda Alonso Fernandez Toribio, y otorgò despues otro, en que dexò sus bienes a Bartolome Nauarro libremente, para que dispusiesse dellos a su voluntad; el qual los dexò en su testamento a Alonso Serrano de Escabias, padre de don Francisco Serrano que litiga. El segundo, que quãdo Elena de Pasillas huuiera muerto con el testamẽto que està presentado, no podia suceder

ceder doña Catalina de Pasillas en este vinculo, porque tiene viuo vn hermano varon, que se llama Eufrasio de Pasillas, y auiendo varon no puede suceder hembra: y en todo acontecimiento ha mas de cinquenta años que se han posseydo estos bienes como libres, y en este caso no puede auer lugar el juyzio possessorio que se ha intentado.

Este negocio se recibio a prueua, y el Actor legitimò la persona de doña Catalina de Pasillas su muger, y presentò testigos, que dizen, que por auerse ocultado el testamento de Elena de Pasillas, en que se funda este pleito, se sacaron, y publicaron sobre ello censuras, y no parecio. Y el Reo hizo prouança, y presentò el testamento de Martin Alonso, marido que fue de la Elena de Pasillas, dõde fundò vn vinculo, y prefirio en su sucesion los varones a las hẽbras, para inferir de aqui que auiẽdose remitido Elena de Pasillas, en quanto a la sucesion del suyo, a las condiciones del vinculo de su marido, no puede la Actora suceder auiendo hermano varon. Y tambiẽ presentò vna escritura otorgada por Bartolome Nauarro, y su muger, y Juan de Cañete su hijo, por el mes de Junio de 568. por ante Juan Gutierrez escriuano, en que se haze relacion, que Elena de Pasillas auia hecho vna Capellania, en vn testamẽto que auia otorgado año de 566. por el mes de Febrero, ante el presente escriuano, y ellos añaden a esta Capellania 140U. marauedis con que pretende prouar el Reo que Elena de

Pasillas

Pasillas auia hecho otro testamento posterior: y tambien pretendio prouar que en el protocolo del escriuano ante quien se hazia relacion, que se auia otorgado el testamento posterior faltan fojas en el dia mes y año que se dize auerse otorgado el dicho vltimo testamento.

La sentencia del Juez inferior es declarar pertenecer este vinculo a doña Catalina de Pasillas, muger de Alonso Fernandez Toribio, y mandarle amparar en la possession de los bienes del dicho vinculo. Desta sentencia apelò don Francisco Serrano Escabias, y pretende que se ha de reuocar, y Alonso Fernandez Toribio que se ha de confirmar, ex sequentibus.

Lo primero, porque tenemos el testamento de la dicha Elena de Pasillas, en el qual se contiene la fundacion del vinculo, sobre que se litiga, y tambien consta de la prouança hecha por el Actor, sin que se alegue, ni prueue cosa en contrario, que Bartolome Nauarro, y Juan de Cañete su hijo murieron sin descendientes; con lo qual llegò el llamamiento de los descendientes de Fernando de Pasillas, y de Catalina Rodriguez su muger, porque consta que doña Catalina de Pasillas que litiga es nieta natural, y legitima de los dichos Fernando de Pasillas, y Catalina Rodriguez: de manera que viene a tener llamamiento expresso, y assi le pertenece a ella la sucession de este vinculo, l. cum ita legatur, §. in fideicommisso, ff.

 de

de legatis secundo, vbi notant Doctores, quod in successione fideicommissi, primo admittuntur, qui nominati sunt. Y en este particular no parece que ay que hazer instancia, pues no se litiga con persona que pretenda excluyr a doña Catalina de Pasillas de la sucesion deste vinculo, por dezir que tenga mejor derecho que ella, sino pretendiendo que los bienes sō libres, y assi parece que la justicia de doña Catalina de Pasillas quedara más clara, satisfaziendo a los fundamētos de la parte contraria.

El mayor fundamento de que se vale la parte contraria es, pretender que Elena de Pasillas no murio debaxo del testamento en que se contiene el vinculo, y patronazgo sobre que se litiga, porque despues hizo otro testamento, en que dexò libres los bienes que en el primero testamento auia vinculado, y se los dexò al dicho Bartolome Nauarro, y assi no puede auer lugar la pretension que tiene doña Catalina de Pasillas para la possession de los bienes vinculados. Esta pretension la pretende prouar don Francisco Serrano Escabias, con argumentos, y cōgruencias. Lo primero dize, que Bartolome Serrano, que auia sido llamado al vinculo en primero lugar, y su muger, y hijo, otorgaron vna escritura en el año de quinientos y sesenta y ocho, en que hazen relacion, que la dicha Elena de Pasillas auia otorgado testamento ante el mismo escriuano que hizo esta escritura, en seys de Febrero de 566. y

auia

auia en el fundado vna Capellania, y por esta escritura añaden ellos a la dicha Capellania otros ciento y quarenta mil marauedis: infiriendo de aqui que Elena de Pasillas auia otorgado otro testamento despues, donde auia fundado Capellania, porque sino huuiera otorgado segundo testamento, no dixera el escriuano ante quien se hizo esta escritura, que se auia otorgado ante el susodicho el testamẽto refiriẽdo el dia, mes y año, en que se otorgò. Lo segundo, para comprouacion de este intento hizo prouança con testigos; los quales dizen que hã visto el protocolo del escriuano ante quien se dize auer otorgado Elena de Pasillas el segundo testamento, y han visto como en el mes de Febrero del año de quinientos y sesenta y seys, faltan algunas fojas, en que estauan escrituras hechas en seys del dicho mes de Febrero, y con esto quiere prouar que doña Catalina de Pasillas, o su marido, y sus agentes, quitaron el testamento del protocolo, como cosa que les prejudicaua, ex doctrina Alber. in l. 2. §. si quis ita in suo, ff. ne quid in loco pub. vbi inquit delictum præsumendũ esse commissum ab eo, qui ex eo commodum sentit, & post alios, Domin. Molin. de primogen. lib. 2. cap. 5. num. 45. Lo tercero, dize la parte contraria que en el testamento que tenemos presentado mandò la testadora que se le dixeran cada vn año ciertas Missas perpetuamente en la Iglesia de señor San Miguel; y que nunca se han dicho, que

es ſeñal de que no murio con aquel teſtamẽto. Y finalmente dize, que no ſe deue preſumir que ſi los bienes de Elena de Paſillas huuieran quedado vinculados, los auia de dexar como libres Bartolome Nauarro a ſu heredero, haziendo contra ſu conciencia, ſiendo como era Chriſtiano, y de buena alma.

Sin embargo de lo qual pretẽdemos que Elena de Paſillas no hizo, ni otorgò otro teſtamento, ni mudò la voluntad que en el primero tuuo de hazer el dicho vinculo y patronazgo. Lo primero, porque el otorgamiento de teſtamento, como conſiſte en hecho, no ſe preſume, y el que pretende que ſe hizo lo ha de prouar con la miſma prouança que auia de interuenir el teſtamento, l. in bello, §. factæ, ff. de capti. & poſt limi. reuer. cap. cum in iure peritus, de offic. de legat. Lo ſegundo, quia actuum pluralitas non præſumitur, & qui in pluralitate actuũ, & factorum ſe fundat, eam probare debet, vt tenent Corn. conſ. 144. num. 11. lib. 4. Riminald. ſenior, conſ. 161. num. 3. lib. 1. Crauet. conſ. 198. numer. 2. verſ. Sed vltra, & Tiber. Decian. reſponſ. 11. numer. 36. lib. 1. Lo tercero, quia mutatio voluntatis non præſumitur, imò creditur ſemper partem perſeueraſſe in prima voluntate, l. cum qui voluntatem, ff. de probationib. l. cum his ſtatus, in principio, ff. de donation. inter vir. cap. maiores, de bapt. Alexand. conſ. 133. nume. 3. volum. 1. Natta, conſ. 176. numer. 5. & alios allegar

gat Petr. Surd. decis.111. num.9. y assi vino a dezir la gloss. verb. comprobatur in l. omnium, C. de testament. que el testamento que se muestra se presume el vltimo, mientras no se muestra otro testamento, & ibi notant Paul. Castr. num.10. & Jas. num.14. y la parte contraria no tiene prouado que Elena de Pasillas huuiesse hecho otro segundo testamento, ni mudado la voluntad que tuuo en el que tenemos presentado, porque no ay testigo que diga que la susodicha huuiesse hecho otro testamento, ni se deue dar credito a la relacion que se haze en la escritura de el año de quinientos y sesenta y ocho, de que año de quinientos y sesenta y seys auia otorgado testamento Elena de Pasillas, pues no pareciendo, como no parece el dicho testamento referido, no se ha de hazer caso de la escritura que lo refiere, ex l. auth. si quis in aliquo documento, C. de edend. & notant Afflict. decis.373. numer.4. & sequentibus, l.1. C. de mand. Princip. Roland. cons.8. numer.21. lib.3. & Osasc. Cacher. decis.71. numer.12. y esto corre con mas justificacion, considerando que las palabras que se contienen en la dicha escritura, son enunciatiuas prolata propter aliud, sin que en ella interuiniesse doña Catalina de Pasillas, que oy litiga, y assi no prueuan cosa alguna, vt probant Decius, cons.313. numer.12. & Cacheran. decis.76. num.12.

Y la presuncion de q̃ se vale la parte contraria de que este segundo testamento falta del protocolo, y que se ha de presumir auerse quitado por nuestra parte, no tiene fundamento, porque no consta que huuiesse tal testamento, ni que fuesse contrario a doña Catalina de Pasillas, ni que el protocolo huuiesse estado en su poder, ni de su marido, antes es presuncion vehemente de que las hojas que faltan en el protocolo se quitaron por orden y traza de la parte contraria para dar color con esto a su pretension, porq̃ siendo como es cierto (pues resulta de la prouança del pleyto) que ha muchos años que se han hecho muchas, y grandes diligencias para buscar este testamento, en cuya virtud pide doña Catalina de Pasillas este vinculo, porque lo auian ocultado, y sobre ello se leyeron, y publicaron en Anduxar censuras. Bien se da a entender que si Elena de Pasillas huuiera otorgado otro testamento, en que huuiesse reuocado el vinculo, que entonces lo manifestaran la parte contraria, y sus deudos, que posseyan los bienes, y de no auerlo manifestado se da a entender que no lo huuo, y que la escritura del año de quinientos y sesenta y ocho la hizieron Bartolome Nauarro, y su muger, y hijo, para quedarse, como se quedaron con los bienes de el vinculo de Elena de Pasillas, que posseyan, y ocultaron este testamento, y assi no se

pudo

pudo ſaber en la Igleſia de ſan Miguel ſi ſe auian de dezir en ella Miſſas; como tampoco ſupieron que auia vinculo los deſcendientes de Fernando de Paſillas, haſta que parecio el teſtamento: y no es prouança de que huuieſſe otro dezir que no ſe auia de querer quedar con los bienes agenos Bartolome Nauarro, porque eſta no es prouança, ſino preſuncion muy leue, y falible, y para ello pudo tener Bartolome Nauarro algunas conſideraciones de obligaciones que le tuuieſſe la Elena de Paſillas, y en efeto, non omnis moriens præſumitur S. Joannes Baptiſta, vt ex doctrina Bald. in tit. de pace conſtantiæ, §. vaſſalli, notat Surd. deciſ. 125. numer. 14. & ſequentibus. Y en todo acontecimiento no ſe puede repeler vn inſtrumento publico, y autentico, como lo es el teſtamento de que nos valemos, con conſideraciones, y preſunciones, como ſon de las que ſe vale la parte contraria.

El ſegundo fundamento de don Franciſciſco Serrano Eſcabias, es dezir, que los padres de doña Catalina de Paſillas tuuieron vn hijo varon, que ſe llamò Euſtaſio de Paſillas, y que eſte es el verdadero ſuceſſor en eſte vinculo, en caſo que ſe aya de atender a eſte teſtamento; y ſiendo aſsi que en eſtas ſuceſsiones perpetuas de vinculos, concurriendo dos hermanos à la ſuceſsion, vno varon menor, y otro hembra

bra mayor, se prefiere el varon à la hembra, vt notat Domin. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 3. num. 8. y assi lo dexò determinado en su vinculo Martin Alonso, al qual se remitio Elena de Pasillas para la sucession del suyo, constando que doña Catalina de Pasillas tiene hermano varon, no viene ella a ser parte para pedir la sucession de este vinculo: mayormente estando la presuncion de derecho por el hermano de la dicha doña Catalina, de que viue, cum quilibet præsumatur viuere centum annis, ex l. fin. C. de Sacrosanct. Eccles. A lo qual añadia el Abogado de la parte contraria, que tratando doña Catalina de Pasillas de la sucession de este vinculo, no solamente tiene obligacion a prouar que es de la linea llamada, sino que no ay otro mas proximo, ni que tenga mejor derecho que ella, ex his quæ notat Aretin. in §. actionum autem, Institut. de action. numer. 69. vers. Si autem abintestato, & Roland. á Valle, consl. 63. num. 14. volum. 1. y aunque este es derecho de tercero, se puede valer y defenderse con el por ser exclusiuo del derecho de doña Catalina de Pasillas, vt post Bart. in l. 2. ff. de except. rei iud. notat Thesaur. decis. Pedemont. 4. nume. 1. y no teniendo accion no deue ser oyda.

Pero sin embargo de lo susodicho es parte legitima doña Catalina de Pasillas, y tiene derecho para lo que pretende, porque

estando

estando prouado, como lo está, con muchos testigos, que es nieta mayor natural, y legitima de Fernando de Pasillas, y de Catalina Rodriguez su muger, que tiene llamamiento expresso para la sucesion de este vinculo, con esto tiene complido para lo que pretende, sin que tenga obligació de prouar que no ay otras personas que le precedan, y esta es la verdadera, y comun opinion en está materia de sucessiones, vt probant Alexand. in l. is potest, ff. de acquirend. hæredit. num. 15. in fine, Cephal. cons. 133. num 53 lib 1. vbi plures Doctores refert, & hanc dicit esse communem opinionem post alios, quos citat Paset. cōs. 40. numer. 4. & sequent. versic. Proximiores autem, vel magis propinquos, Bursat. cons. 151. & latius cons. 268. numer. 15. vers. Neque isti, dicens: Nec isti Actores cogebantur probare, se esse in tali gradu, vel proximiores, cum sufficiat vocatis agnatis ad fideicommissum probare se de familia, vel agnatos fideicommitentis absque eo, quod proximitas, vel gradus aliquis deducatur, volum. 3. Porque quando vno tiene prouado que es de la familia, o de los llamados, se presume que es el mas propinquo mientras no parece otro que le oponga, y prueue que lo es, como lo nota Cephal. in dict. cons. 133. num. 53. & Simon de Præt. de interpretation. vltimar. voluntat. lib. 5. interpretat. 2. dubita. 4. num. 267. pag. mihi 549.

 vers.

verſ. Contrarium verius, cuius verba ſunt: *Contrarium verius, & magis receptum credo, quod non apparente ex proceſſu aliquo viro conſanguinitate deducta, ſufficiat alicui ſi probet ſe conſanguineum proximum defuncti, de quo requiritur probatio abſque eo, quod probauerit alium non extare, qui eum præcedat in gradu.* Lo qual dize que es cierto quando ſe trata de suceſsion en fideicomiſſo perpetuo. De lo dicho ſe infiere, que no pareciendo, como no ha parecido hermano varon de doña Catalina de Paſillas, ni otra perſona que tenga mejor derecho, que pretenda eſte vinculo; no importa que la parte contraria alegue que doña Catalina tuuo otro hermano varon, pues caſo negado que fuera viuo, no pidiendo el vinculo ſe le ha de dar al ſiguiente en grado, y aſsi viene a alegar en eſto la parte contraria derecho de tercero, que no es excluſiuo del derecho de doña Catalina de Paſillas, y aſsi no lo puede alegar, ni aprouecharſe de el, l. loci corpus, §. competit, vbi Bart. ff. ſi ſeruit. vend. l. ſi quis emptionis, §. ſin vero nullũ, C. de præſcript. 30. annor.

Præterea, quando concedieramos (ſin perjuyzio de la verdad) que no pudiera ſuceder en el vinculo, o mayorazgo el pariẽte, ſino es conſtando con euidencia; que no auia otro pariente que tuuieſſe mejor derecho, no ſe pudiera ajuſtar eſta propoſicion al caſo deſte pleyto, porque aunque

doña

doña Catalina de Pasillas tiene declarado que tuuo vn hermano varon que passò a las Indias, no consta que sea viuo, y supuesto que don Fráciſco Serrano Eſcabias pretende excluyr de este juyzio a doña Catalina de Pasillas, por dezir que tiene hermano varon, y funda en esto su intencion, tuuiera obligacion de prouar la vida de Eufrasio de Pasillas, hermano de doña Catalina, quia quando aliquis fundat intentionem suam in vita, vel in morte alicuius, tenetur eam probare, vt notant Alexand. conſ.27. num.4. lib.7. Corn. conſ.119. num. 7. & 8. lib.1. Achil. de Graſ. deciſ.1. de probation. Alexand. Ludouiſ. deciſ.228. numer.1. & 4. vbi additio. litera A. los quales responden a la conclusion que se suele sacar de la l. fin. C. de Sacrosanct. Eccleſ. de que se presume vno viuir cien años, eandem conclusionem, tenent Joseph. Ludoui. deciſ. Peruſ.12. nume.3. & 4. Gregor. Lop. in l. 14. tit.14. part.3. verbo, abonda que prueue, y assi parece que este fundamento no prejudica a doña Catalina de Pasillas, para que dexe de ser parte legitima en este pleyto.

El tercero, y vltimo fundamento de don Francisco Serrano Eſcabias, es dezir, que el susodicho, y su padre, y Bartolome Serrano han tenido, y posseydo los bienes sobre que se litiga, como bienes libres, de mas de cinquenta años a esta parte, y con

con este tiempo los tienen prescriptos, aun que fuessen vinculados, alomenos en quãto al juyzio possessorio, que oy se trata, cũ possessio acquiratur ex quocumque titulo etiam inutili, cum sit facti, l.1. §. si vir vxori, ff. de acquirend. possess. l. nec vllam, §. omnibus, ff. de petit. hæred. y hallandose en possession, ha de ser amparado en ella, porque en esta materia de juyzios possessorios, para en quanto a la manutencion, siempre se considera la vltima possession, vt notant Oldrald. consil. 412. & Felin. in cap. cum accessissent, de constitut. num. 30. vers. Quartus casus.

Pero sin embargo de lo referido pretendemos que ha de ser amparada doña Catalina de Pasillas en la possession de este vinculo, porque consta por el testamento que se ha presentado, que los bienes sobre que se litiga son vinculados, y que la dicha doña Catalina está llamada con llamamiento expresso, como nieta natural, y legitima de Fernando de Pasillas, y assi por ministerio de la l. 45. de Toro se transfirio en ella la possession ciuil y natural de los dichos bienes, y considerandola como tal posseedora deue ser amparada en ella, sin que obste el largo tiempo que la parte contraria pretende auer posseydo, porque la l. 45. de Toro habla indistintamenre sin reparar en que el que tiene los bienes vinculados, sea por mucho, o por poco tiempo. Y

po. Y esta nuestrà pretension se justifica, considerando que supuesto que Bartolome Serrano fue el primero llamado a la sucession de este vinculo por Elena de Pasillas que lo fundò, la possession que el susodicho tuuo de estos bienes, se ha de entender que fue en virtud de el dicho titulo de vinculo, pues no se da otro, cum possessio præsumatur ex titulo pręambulo, & possessionem nactos ex præcedenti causà, l.1. §.1. ff. de except. rei iud. l.2. vbi Doctores, C. de acquirend. posses. l. quędam mulier, vbi gloss. fin. C. de reiuend. Alciat. de præsumpt. reg. 2. præsumpt. 23. & Surd. cons. 52. num 10. volum. 1. Y assi mientras viuio el dicho Bartolome Nauarro tuuo possession legitima de estos bienes vinculados, por auer sido llamado a la sucession de este vinculo; pero despues que murio el susodicho, todos los demas que han tenido estos bienes no ha sido con titulo, y assi no es possession la que han tenido, sino vna detentacion, e intrusion, porque luego que murio Bartolome Nauarro primero llamado, passò el dominio, y possession destos bienes vinculados en el siguiente en grado, y quando no lo huuierà, estauan en el mismo vinculo, el qual representa vna persona ficta, en quien se conseruan los derechos que tocan y pertenecen al mismo vinculo; y lo mismo procede en el feudo, vt tenent Capic. decis. 1. numer. 8. Velazq. de

Auendañ. in l.45. Tauri, gloss. 6. á nume. 7. cum sequentibus, D. Christophor. de Paz, in tractat. de tenut. cap. 43. numer. 8. part. 2. Scipio Robit. consl. 81. num. 8. & 9. De que resulta, que auiendo estado el dominio, y possessión en esta persona sucta del vinculo, solo se puede considerar en la parte cõtraria, y su padre vna mera detencion destos bienes, la qual no puede obrar efeto alguno, vt considerat Accurs. quem omnes sequuntur in l.1. versic. Praescriptionem, C. de seruitut. fugitiu. y en particular no pueden auer prescripto, cum praescriptio sine possessione non possit procedere ex reg. sine possessione, de reg. iur. lib. 6. notat Domin. Christophor. de Paz, in dict. tractat. de tenuta, cap. 17. num. 31. & eleganter probant D. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 12. numer. 18. Anton. Gom. in dict. l. 45. Tauri, num. 17. ad fin. Matienç. in l. 8. tit. 7. gloss. 5. num. 10. lib. 5. recopilat. & Gregor. Lop. in l. 10. tit. 26. part. 4. gloss. magna, colum. 4. vers. Praeterea si benè consideretur.

Y caso negado que Bartolome Nauarro no huuiera posseydo estos bienes como vinculados, mendiante el vinculo que de ellos hizo Elena de Pasillas, sino que los huuiera tenido como bienes libres, y como tales se los huuiera dexado a su heredero: tampoco se pudiera cõsiderar prescripcion en quanto a la possession de ellos, en caso que la huuierã tenido, porque Bartolome

tolome Nauarro, como primero llamado tuuo mala fee, en quanto a que los dichos bienes fuessen libres, y como en su persona no se podia dar prescripcion por ningun transcurso de tiempo, ex regul. possessor malæ fidei, de regul. iur. lib. 6. Tampoco pudieron prescribir los que despues del han tenido estos bienes, por auer sido por titulo de herencia, quia mala fides defuncti continuatur, & transit in hæredes: y assi ni vnos ni otros pueden prescribir cosa alguna, l. cum hæres, ff. de diuers. & tempor. præscrip. Rolan cons. 6. n. 47. vol. 3. vbi dicit, quod hæres neque continuare incoatam, neque incoare posit prescriptionem, Cephal. cons. 215. n. 52. y aunque Dino in d. reg. posses. tuuo, que puede el heredero començar a prescribir en su propia persona, sin que le prejudique la mala fee del difunto, està en quanto a esto comunmente reprouado, vt post Butr. Abb. & alios, notat Petr. Surd. cons. 28. num. 79. volum. 1.

Y no puede prejudicar a doña Catalina de Pasillas lo q̃ resoluio el señor don Christoual de Paz, in tractat. de tenut. cap. 28. dõde defiende, que el remedio possessorio de la l. 45. de Toro, no ha lugar contra el tercero posseedor de los bienes vinculados, y que en caso que el sucessor del vinculo aya de pedirlos, ha de ser intentando para ello vn juyzio ordinario de reiuendicacion, porque el señor don Christoual de Paz supone

pone en el lugar citado, que el posseedor de los bienes ha de tener titulo singular de enagenacion, y en este caso no se da sino vniuersal del primero posseedor, y lo que va resoluiendo es en la enagenacion de algunos bienes particulares de vn vinculo, o mayorazgo, pero quando se trata de todos los bienes, y derecho del vinculo (como en el caso deste pleyto) entonces dize, que ha lugar el remedio possessorio. Mediante lo qual la justicia de Alonso Fernandez Toribio, y doña Catalina de Pasillas su muger es clara, para que confirme la sentencia del Juez inferior, en quanto manda amparar a los susodichos en la possession de los bienes deste vinculo: & ita fieri speramus. Salua D. V. censura, &c.

Licenciado Ximenez de la Calle.